

FALTA DE MOTIVACIÓN DE LAS DECISIONES EN MATERIA DISCIPLINARIA

ERIKA MARCELA GUERRERO SIERRA¹

IVONNE PULIDO SALGADO²

RESUMEN

Según la Carta Política, los Servidores Públicos desarrollan sus funciones, teniendo en cuenta los principios de economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y contradicción. Por ello no solo tienen la obligación como funcionarios si no también, la responsabilidad de que todas sus decisiones no solo en materia disciplinaria si no en todas las ramas del derecho, sean motivadas para que procesalmente no lleguen a viciar ninguna actuación y sean garantes de los derechos de los implicados dentro del mismo.

Es así, como esta motivación fuera de permitirle al operador jurídico acceder al análisis de los presupuestos facticos, subjetivos, probatorios, jurídicos, doctrinales y jurisprudenciales, verifica si soporta un juicio de legalidad como de sustancialidad tales hechos que lo llevan a la toma de una decisión, todo en aras del cabal cumplimiento de este principio procesal y de la claridad con la que el funcionario realice una conclusión.

Palabras clave: Argumento, decisión, esquema procesal, esquema jurídico, motivación procesal, proceso, verdad.

ABSTRACT

Accordingly to the Political Letter, the Public Servants develop their functions, based on the principles of the economy, speed, efficiency, impartialness, publicity, and contradiction. They do not only have the obligation as officials but also, the responsibility of making all decisions not just in disciplinary matters but

¹.Especialista en Derecho Sancionatorio, Universidad Militar Nueva Granada.

².Especialista en Derecho Sancionatorio, Universidad Militar Nueva Granada.

also in all others branches of law, during the Judicial Process this will motivate them not to cause conflicts in the decisions and this will guaranty the rights of those implicated with in the process.

Therefore, this motivation will allow the legal operator to access all the budget facts, subjective, evidentiary, legal, doctrinal, and jurisprudential. This verify if its supports the legal trial such that it substantiate facts that leads to a decision, everything within the fulfillment of the procedural principles and the clarity with which the official member make a conclusion.

Keywords

Argument, decision, procedural scheme, legal Scheme, Procedural motivation, Trial, truth

INTRODUCCIÓN

Con este artículo pretendemos que sea una herramienta útil, para que llegue a ser utilizado por todas aquellas personas que en el ejercicio de su función, se les encarga instruir un proceso, de cuyos resultados dependa la imposición de alguna decisión que afecte la argumentación y cambie la esencia misma de la sentencia o de las decisiones.

El objeto de estudio en la presente investigación, se centra en el análisis de la importancia y obligación que tiene el Juez Disciplinario de motivar las decisiones que imparten frente a los procesos a su cargo en los distintos esquemas procesales como lo son el acusatorio y el adversarial.

Es fundamental comprender que en cualquier etapa del procedimiento se deberán respetar los derechos subjetivos e intereses legítimos del disciplinado de forma tal que estos no resulten lesionados por actuaciones arbitrarias de la Administración.

I. Aproximación conceptual

Una idea aproximativa que sirve como punto de partida para el abordaje del tema, acerca de lo que puede entenderse por *motivación*, la señala como la construcción de una narrativa en que se destacan y disponen en un orden interactuante los argumentos que sirven de premisas a las conclusiones constitutivas de la decisión procesal (Perelman y Olbrechts, 2000, páginas 700-714).

Desde un punto de vista lógico-formal, se sabe que las conclusiones forjadas conforme al modelo aristotélico de construcción teórica, deben apoyarse en las premisas que las indujeron, las cuales, en materia jurídico-procesal, involucran la siguiente tipología argumentativa (Alexy, 1997):

- a) De contenido fáctico.
- b) De contenido probatorio.
- c) De contenido legal³.
- d) De contenido doctrinal (jurisprudencia, doctrina y las alegaciones de sujetos procesales o partes), Esta idea sugiere la proximidad sustancial entre *motivar* y *argumentar*, y no se puede menos que aceptar que son dos términos cuya interdependencia no se presta a duda, sin embargo, pueden distinguirse en cuanto a su ubicación y funciones, puesto que mientras la motivación es una condición de validez de los actos procesales, la argumentación está asociada con los contenidos mismos de la motivación.

³. En reiterados pronunciamientos esta Corporación ha resaltado que la órbita de injerencia del derecho disciplinario se circunscribe al comportamiento de los servidores públicos en ejercicio de sus cargos. Por ello se ha expuesto que “*El derecho disciplinario comprende el conjunto de normas, sustanciales y procesales, en virtud de las cuales el Estado asegura la obediencia, la disciplina y el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia de los servidores públicos, con miras a asegurar el buen funcionamiento de los diferentes servicios a su cargo*”. Corte Constitucional. Sentencia C-341-96.

M. P. Antonio Barrera Carbonell. En el mismo sentido, se ha indicado que “*El Código Disciplinario Único comprende el conjunto de normas sustanciales y procesales, con las que el legislador pretende asegurar la obediencia, la disciplina, la eficiencia y el adecuado comportamiento de los servidores públicos en el ejercicio de sus cargos*”. Corte Constitucional. Sentencia C-712.01. M. P. Jaime Córdoba Triviño.

Así mismo, mientras la motivación es un requisito procesal, la argumentación atiende a criterios de validez completamente paralelos. De esta forma, una motivación argumentativamente mal concebida, no necesariamente afecta la validez de la decisión que la incorpora. Mientras que un argumento mal construido, puede hacerle perder su esencia misma de argumento (Perelman, Ob. Cit. Supra).

La motivación es una parte que formalmente contribuye a integrar el acto procesal, mientras que la argumentación es su propio contenido.

Por otra parte, mientras la motivación se orienta a sustentar el diálogo procesal, que concluirá con la ejecutoria de la decisión de fondo, la argumentación no necesariamente suscita el diálogo, puesto que frecuentemente se dirige bien a impedirlo, normalmente concluyéndolo por la fuerza misma del argumento.

Como puede apreciarse, se puede distinguir entre argumentar y motivar, y es preciso advertir que el propósito de este estudio no es la argumentación, sino la motivación, lo que no obsta para que en la medida en que sea necesario se acometan las aproximaciones debidas respecto de la teoría de la argumentación.

También se aprecia que la motivación no es una obligación exclusiva de las decisiones procesales. La verdad es que pese a la denominación distinta, la motivación se exige de actos de parte tales como por ejemplo, el relacionado con los recursos que en tanto deben sustentarse deben motivarse; o también, como el que acontece con la necesidad de indicar el objeto de prueba de los medios probatorios requeridos, que es tanto como indicar la motivación de la solicitud de admisión de cierto medio de prueba.

La motivación de los actos de parte tampoco hace parte de este estudio, lo que no impide asumir las comparaciones que se precisan para deslindar sus fronteras.

El objeto de estudio es la obligación de motivar las decisiones procesales. Tal obligación se desprende de varios presupuestos normativos:

- La ley internacional
- La ley nacional: Constitución Política, Ley estatutaria de la administración de justicia, Código Penal y Código Disciplinario Único

II. Efectos tradicionalmente derivados de los vicios de la motivación⁴.

La motivación ha sido tradicionalmente entendida como un requisito formal de constitución de cierto tipo de providencias, principalmente aquellas clasificadas como “interlocutorias” y de las sentencias (CDU, artículo 19). Por suerte que se estima que la ausencia de motivación vicia las decisiones en cuanto a su producción formal, es decir, si por ejemplo, surgiera una sentencia carente de motivación, sería en si misma nula, pero podría corregirse el yerro adicionando la motivación.

Con ello tampoco puede concluirse que la motivación, así vista, no sea más que una parte de la decisión, zonificada dentro de un esquema preconcebido, conforme a cierto orden de constitución. La verdad es que se han logrado algunos constructos que sugieren la sustancialidad de su contenido, como por ejemplo, mediante el concepto de la *falsa motivación*.

De cualquier forma, la falta total de motivación o la motivación falsa, no generan sino un efecto de vicio que en consecuencia, suscita la nulidad y con ello la recomposición del acto procesal. (Bernal C.-Montealegre L., 2004).

En cambio, se han hecho otro tipo de análisis respecto de la motivación de ciertos actos de parte, como por ejemplo, el deber de sustentar los recursos, puesto que la Corte Suprema ha mantenido que la expresión impugnar, que proviene del prefijo latino *impugnare*, reclama condiciones de trascendencia tales como el no repetir lo que ya ha sido expuesto en la respectiva instancia, sino replicar los

⁴Código disciplinario del Abogado. Ley 1123 de 2007. Libro tercero Procedimiento Disciplinario. Título I Principios Rectores del Derecho Disciplinario Art 54 Motivación: Toda decisión de fondo deberá motivarse adecuadamente

argumentos estimados en la producción de la decisión que se pretende impugnar (Citar sentencia Corte Suprema).

Siendo una deficiencia en la motivación del acto de parte, lo que más trasciende son sus efectos. Dada la deficiencia, el recurso es desestimado *in límine*, es decir, inadmitido, sin posibilidad alguna de enmendar el yerro.

Y no menos puede señalarse respecto de las demandas de casación. La Corte suprema tiene sentado como precedente judicial, que si la demanda tiene deficiencias argumentativas asociadas al orden de los cargos y las causales, pueden ser igualmente desestimadas, sin entrar a estudiar de fondo la sentencia que se impugna. Y también ha mantenido que reproducir los argumentos de instancia, no alcanza a sustentar la demanda.

Estrictamente la diferencia entre sustentar y motivar no va más allá que en la autoría de la actuación. Sustenta la parte y motiva el funcionario con capacidad decisoria, pero ambos convergen al mismo objeto: exposición argumentativa, aquél de lo que requiere, éste de lo que decide, a fin de fundamentar un diálogo partes o sujetos procesales-funcionario con capacidad decisoria, orientado a la construcción del sentido del proceso.

Lo cierto es que en la tradición jurisprudencial resulta más grave, dados sus efectos, el sustentar insuficientemente que motivar⁵, con deficiencias, justamente porque se ha hecho más conciencia acerca de la sustentación que de la motivación. Al fin y al cabo hoy se sabe más acerca de una sustentación adecuada que de una motivación mínimamente suficiente. Obsérvese como la Corte Suprema le ha impartido consecuencias disímiles a las deficiencias en la motivación de los actos procesales a instancia de parte o sustentación, y, a las

⁵Sentencia C155 de 2002 Demanda de inconstitucionalidad, por el cual se adopta el Código Disciplinario Único; Sentencia de Constitucionalidad nº 555/01 de Corte Constitucional, 31 de Mayo de 2001.

Ley 200 de 1995.arts. 80,84,130 y 147 (p). Código **disciplinario** único. **Debidoproceso**, principio de contradicción y notificación de providencias en el **procesodisciplinario**.

deficiencias de motivación de los actos procesales producidos por los jueces. Así, la falta de sustentación conlleva efectos prescriptivos: inadmisión del recurso, rechazo de la demanda, etc., mientras que las faltas a la motivación, a lo sumo nulidad, éste subsanable, aquéllos no. Si se hubiese querido homologar los efectos, al menos, una decisión deficientemente motivada provocaría inexistencia del acto procesal, o algún tipo de efecto más trascendental que el deber de subsanarlo.

Surge entonces una cierta antinomia, cuando no una contradicción, puesto que el deber motivar las solicitudes, no es en sí un principio procesal, mientras que la obligación de motivar las decisiones no sólo es estimada como principio por el CDU, sino al propio tiempo como norma rectora del procedimiento.

- **Contenido semiótico de la motivación**

Pero observábamos que la obligación de motivar las decisiones trasciende respecto de decisiones interlocutorias y sentencias. Al decir *interlocutorias* se ha entendido decisiones que procuran efectos trascendentales en el proceso, sea porque definen algo asociado con el objeto mismo del proceso, o porque afectan los derechos de las partes (Espitia G., 2010). Lo cierto es que son decisiones que junto con las sentencias, tienen aptitud dialogante, esto es, sientan las bases de un intercambio de sentido. No en vano la palabra interlocutoria, sugiere la locución entre dos.

Estrictamente, estas decisiones se caracterizan ante todo porque transmiten un cierto sentido al proceso, por favorecer o desfavorecer los intereses específicos de las partes, y eventualmente de otros intervinientes. Al constituir cierto sentido, las partes disponen de la alternativa de participar en dicha construcción, procurando cierta reorientación, para suscitar una final concreción, concreción esta última que no surge porque el funcionario con capacidad decisoria deba consensuar, todo lo contrario, lo que hace es decidir en tanto funcionario con capacidad decisoria, es decir, como productor final del sentido del proceso.

Siendo así, es lo cierto que se ofrecen dos características específicas:

- a) En primer lugar, las partes pueden intervenir en la producción del sentido del proceso.
- b) En segundo lugar, dicho sentido no es generado por acuerdo entre las partes y el funcionario con capacidad decisoria, pero sí es dialogado.

Al destacar el carácter dialogado del proceso, se hace necesario observar que la comunicación aquí prevista, participa de una base típicamente comunicativa que, como se sabe, hace parte de la acción comunicativa (Habermas, 1998). Habiendo un transmisor y un receptor, amén de un medio (Eco, 1991), elementos estos que en la relación procesal de producción de la decisión interlocutoria o sentencia, evidencian al funcionario con capacidad decisoria como transmisor y a las partes como receptoras, y al espacio judicial como el medio, disponen adicionalmente de un referente y un código (Eco, Ob. Cit. Supra). El referente es aquello de lo cual se habla, y el código es el lenguaje acordado para establecer la comunicación.

El diálogo jurídico procesal tiene dificultades específicas asociadas con el referente y el código. Con respecto al primero, se tiene que se está hablando de algo que está por definirse, y es la responsabilidad del procesado. Sobre este punto no hay acuerdo, salvo claro está cuando se acude a una forma de terminación anticipada que implique la aceptación de la responsabilidad, lo cual delimita el referente, puesto que ya no es objeto de construcción. En lo restante, el diálogo disputa con los presupuestos mismos de la acción comunicativa, en cuanto las partes tienen una posición estratégica e interesada en producir un cierto sentido.

En cuanto al código, si bien el metalenguaje jurídico sugiere una delimitación, la dificultad surge en cuanto se invoque a instancia de parte una institución que en criterio del funcionario con capacidad decisoria es improcedente, o todo lo contrario.

Surge adicionalmente una dificultad propia del espacio procesal. Los extremos dialogantes son naturalmente las partes por un lado y, el funcionario con capacidad decisoria por el otro. Entre ambos constituyen el diálogo y mediante él, el sentido del proceso. Pero a diferencia de las comunicaciones ordinarias, en el diálogo procesal los extremos dialogantes no se encuentran en un plano de igualdad, sino todo lo contrario. El funcionario con capacidad decisoria está erigido por encima de las partes, implicando que su determinación se impone finalmente con fuerza de ley. Mas ello no desmiente lo que ha ocurrido antes, es decir, una construcción participativa de dos.

Este trasfondo permite ubicar ónticamente el valor específico de la motivación. En efecto, el proceso mismo es una garantía para el procesado, entendiendo que será sancionado sólo a condición de cumplir una cierta ritualidad que la provee la posibilidad de verificar y controlar, si se desvirtúa o no y cómo se desvirtúa su presunción de inocencia. Así surja anticipadamente demasiado clara la responsabilidad del procesado, sólo podrá ser sancionado a condición de cumplirse esa ritualidad preestablecida.

El desarrollo del proceso es en sí un diálogo, un intercambio de sentido que al final cuajará en una decisión que perjudica o respalda los intereses del procesado. Ese diálogo evidencia una serie de alternativas de participación del procesado en la producción del sentido que evidenciará el funcionario con capacidad decisoria en su decisión final. De tal manera dispone del derecho de postulación, aporte y práctica de pruebas, controversia de decisiones, el poder expresar sus propias consideraciones y el que sean acogidas o rechazadas.

III. La verdad procesal y la motivación

Sin embargo, esa construcción se encuentra transversada por un método de constitución de la verdad procesal, constitucionalmente acogido e históricamente diferenciado como *indagación*.

Es ampliamente divulgada la obra de Michel Foucault en que puso de manifiesto esta diferencia. En *La verdad y las formas jurídicas* (1984), sostuvo la existencia histórica de dos modelos de producción de la verdad judicial: la indagación y las verdades absolutas, aquél basado en un acopio de vestigios o rastros de los hechos, tal y como acontecieron, lo cual vendría a constituir el presupuesto de verdad de la decisión final; mientras que las verdades absolutas carecían de tal requerimiento, puesto que la decisión provenía de postulados incuestionados acerca de su valor y entidad.

Para Foucault, la indagación exhibe un primer uso histórico en la obra de Sófocles, Edipo Rey, en donde, conforme al relato, la identidad del autor del crimen del padre de Edipo se buscó en el hallazgo de rastros de autoría, como diríamos hoy. Pero si el dato es correcto, provendría aproximadamente del Siglo VI antes de Cristo.

Conforme al mismo estudio, los juicios de la inquisición se basaron en el otro método, y por ello las ordalías o las pruebas de Dios, eran recurridas como suficiente base para la derivación de la verdad que se erigiría en sentencia.

Por nuestra parte, indica la Constitución Política que una persona será declarada responsable a condición de que su presunción de inocencia se desvirtúe con base en pruebas legal y oportunamente traídas al proceso. Justamente es este el método indagación de producción de la verdad procesal, conforme con el cual las decisiones deben sustentarse en pruebas atraídas mediante lo que tradicionalmente se denomina *investigación*. De suerte que no puede haber decisiones carentes de pruebas que demuestren lo que en ella se indica.

Por esta razón el principal referente de la sentencia son las pruebas, más que los hechos. La indagación se caracteriza por oponerse a otro método concebido como el de las verdades absolutas, aquellas que por ser absolutas, no requieren demostración y por consiguiente, de pruebas. Valen por sí mismas, son, por decirlo de alguna forma, un auto de fe.

La indagación, por el contrario, con criterio propiamente positivista, no parte de una certeza, sino que la construye en función de la dinámica que adquiera el acopio de pruebas.

Sin embargo, al haberse abandonado lo que ha sido llamado la tarifa probatoria, es decir, el valor preestablecido de los medios de prueba, cada medio debe ser en sí considerado en cuanto a su valor demostrativo, por manera que la prueba no es apenas el vestigio que evidencia objetivamente lo ocurrido, sino también y simultáneamente está integrada por el valor demostrativo que se le atribuya.

Por consiguiente, el funcionario con capacidad decisoria adopta decisiones que debe producir conforme va agotando un procedimiento preestablecido, con base en una serie de pruebas que debe estimar valorativamente, lo que es tanto como afirmar, otorgarles el sentido que merecen.

Si el proceso es dialogado y el referente son las pruebas, aquello de lo que *hablan* el funcionario con capacidad decisoria y las partes, es principalmente de las pruebas.

Poder acceder a la manera como el funcionario con capacidad decisoria valora las pruebas es condición inevitable para suscitar el diálogo que indique la forma como lo hizo y las conclusiones que alcanzó.

Pero adicionalmente, como el funcionario con capacidad decisoria no puede otorgar el valor que a bien tenga, es decir, quiérase o no se encuentra reducido por las reglas de la lógica y los procedimientos argumentativos (Alexy, Ob. Cit. Supra), debe exhibir que hizo un trabajo sustentable y sostenible en ese sentido.

Y una segunda limitación conlleva a que solamente puede derivar las consecuencias legalmente contempladas.

Al discurso lógico formal, le sigue el discurso jurídico, que tiene su propia lógica y su propio orden (Kalinowsky, 1975).

No es posible el diálogo procesal sino a condición de poder acceder a esos contenidos, y es ese el valor específico e inmanente que involucra la motivación. Por ello mismo es un principio y no por menos, una norma rectora. Justamente el acceso a los contenidos anotados permite llevar a la conciencia el juicio del funcionario con capacidad decisoria, por suerte que la toma de posición en el sentido de impugnar la decisión o aceptarla, es posible a condición que se haya accedido a la forma como el funcionario con capacidad decisoria construyó el sentido de la decisión.

IV. Motivación y modelos procesales

Recientemente la diversidad de modelos procesales ha adquirido importancia temática en Colombia. Esto se debe principalmente al cambio implicado mediante el Acto Legislativo 03 de 2002 y, la Ley 906 de 2004 (Osorio, 2005); podemos también agregar que incluso recobra importancia por la inminente culminación del código unificado de procedimiento.

A través de esta reforma Colombia rompió la tradición republicana de los códigos procesales correspondientes al modelo napoleónico o mixto, abriéndose hacia un esquema procesal con predominio de los principios acusatorio y adversarial. La conciencia que se está suscitando en el país se asocia por el hecho histórico de haberse prestado a un cambio considerable, sin la suficiente preparación e información de lo que ello implicaba. Es decir, primero se cambió una institución jurídica y con posterioridad el país empezó a entender lo que ello implicaría (Arias, 2006).

Uno de esos aspectos que reclama ser reestudiado es precisamente el que tiene que ver con la motivación de las decisiones, y lo que ello implica en los distintos esquemas procesales, porque al fin y al cabo coexistiendo los dos, es preciso compararlos para entender sus diferencias y el alcance de lo que una reforma de estas conlleva.

En general, se habla de dos esquemas procesales, según predominen las características inquisitoriales o las de corte acusatorio y adversarial. Así lo ha manifestado Damaska (2002), quien advierte que no existen esquemas de enjuiciamiento puros, sino más bien tendencias, y las ha denominado jerárquicas y paritarias, según las posiciones procesales que ocupen el acusador y el defensor, es decir, cuanto más próximos, más paritarios, y cuanto más alejados más jerárquicos.

Los dos esquemas atienden criterios de producción de la verdad procesal significativamente distintos, si bien ambos basados en el método de la indagación, de la cual ya hubo ocasión de tratar.

Nos disponemos ahora a verificar las implicaciones que tiene la orientación del esquema adoptado en punto específico de la motivación.

1. Esquemas jerárquicos. Identificados más frecuentemente como inquisitoriales, se caracterizan porque la verdad de lo sucedido es el objeto mismo del proceso, en el entendido de que se parte del presupuesto aristotélico de la existencia de una verdad única acerca de los hechos que se juzgan; de tal suerte que la coincidencia de la sentencia con esa verdad es lo que le otorga valor de justicia. Y la justicia misma es un principio, no un valor.

Importa destacar de ese esquema que el proceso es en sí un instrumento de descubrimiento de la verdad que se pretende erigir en sentencia. Por consiguiente, que el funcionario con capacidad decisoria practique pruebas o que mantenga poderes *iuranovit curia*, es apenas deseable pues todos los intervinientes convergen al mismo objetivo: la verdad de lo que sucedió (Moya, 2007). Por este motivo, la figura del defensor se disminuye significativamente, puesto que si el funcionario con capacidad decisoria hace bien su trabajo de descubrimiento de la verdad, podría hasta estimarse prescindible la persona misma del defensor, quien no es sino un experto en derecho que verifica el cumplimiento de los ritos procesales.

Tal vez por esta misma razón, el milenario proceso napoleónico que tuvo vigencia plena en Colombia durante los siglos XIX y XX, acogió la muy cuestionable figura de la defensa de oficio, de la cual se sabe que no era más que una defensa formal, y muy raramente produjo decisiones de corrección, incluso la Corte Suprema sentó como premisa que para una auténtica vulneración del derecho de defensa sería preciso acreditar aquello que pudiendo haber hecho un defensor, dejó de hacerlo, pero de haberlo acometido, habría tenido implicaciones importantes en el sentido de la o las decisiones adoptadas dentro del proceso. Lo cual evidencia la poca trascendencia que se le imparte a la ausencia de defensa técnica en esta forma procesal, a condición que el funcionario con capacidad decisoria no cometa yerros de instancia significativos.

La motivación implica en este esquema procesal una función meramente informativa. En efecto, hay una especie de confianza en la supremacía jurídica del funcionario con capacidad decisoria, tanto así que aparece investido de unas funciones discrecionales importantes, como el poder corregir al funcionario con capacidad decisoria, incluso en sus pretensiones, en cuanto considere que han errado jurídicamente; o el poder ordenar la práctica de las pruebas que estime convenientes al descubrimiento de la verdad. Incluso, las pruebas requeridas por el operador disciplinario y el defensor, son practicadas por el mismo funcionario con capacidad decisoria, pudiendo desplazar a quienes las requirieron.

De ahí que bajo el esquema napoleónico del Decreto 2700 de 1991 y de la Ley 600 de 2000, durante la etapa de instrucción el funcionario con capacidad decisoria de instrucción, que es tal aun cuando se le denomine *funcionario competente*, inicia la práctica de las pruebas, como por ejemplo un testimonio aun cuando haya sido solicitado por la defensa, y la defensa sólo intervendrá cuando el funcionario le conceda el uso de la palabra, lo cual bien puede ocurrir tras un muy largo y agobiante interrogatorio por parte del funcionario. Posteriormente en el juicio, el funcionario con capacidad decisoria de conocimiento hará otro tanto aún incluso con las pruebas requeridas. Y por si fuera poco, cuando le sea

concedido el uso de la palabra al funcionario o al defensor, el funcionario con capacidad decisoria podrá recuperarla cuantas veces quiera, interrumpiendo a quien se halla en ejercicio del derecho de defensa.

Por consecuencia, la motivación del funcionario con capacidad decisoria es una confirmación de la realidad procesal, un reflejo fiel de lo acontecido, que es precisamente lo que le consta al funcionario con capacidad decisoria, al defensor, y a cualquier otro interviniente.

Desde luego el funcionario con capacidad decisoria valora las pruebas partiendo de la base que ellas apuntan a la única verdad existente, y a partir de esa verificación construye la sentencia. En otros términos, el funcionario con capacidad decisoria señala a donde las pruebas apuntan, y acoge como sentencia aquello que surge no por la fuerza oratoria o narrativa de los sujetos procesales, sino por el peso específico de la realidad manifiesta a través de las pruebas, que hacen parte de la realidad procesal.

Mediante la motivación el funcionario con capacidad decisoria descubre ante los demás el fruto del descubrimiento logrado. A la manera del médico que formula su diagnóstico tras el método semiótico, el funcionario con capacidad decisoria descubre lo que encontró por medio del proceso. La motivación es un diagnóstico de la realidad que dadas ciertas condiciones deberá producir determinados efectos. Aquí el funcionario con capacidad decisoria ausculta y da fe de lo hallado, no crea nada, así que la motivación es acentuadamente informativa.

Vista así, la irregularidad medular de la motivación es la de resultar falsa. Pero otros tales como la ambivalencia o la anfibología, no trascienden puesto que aun cuando el funcionario con capacidad decisoria no se haya expresado adecuadamente, lo está haciendo respecto de una realidad de la cual participan todos los intervinientes.

La motivación aparece así profundamente disminuida en su significación y funciones.

2. Esquemas paritarios. Más comúnmente reconocidos como *acusatorios*, observan como característica esencial, la vigencia plena del principio adversarial. Este principio informa que el proceso se opera por una dinámica de interacción entre dos partes que participan de similares condiciones, ellas son, el acusador y el defensor. Como un tercero completamente ajeno a la litis se encuentra el funcionario con capacidad decisoria, que resulta ser un moderador del juego procesal, y deberá producir todas las decisiones que impliquen afectación de derechos y garantías procesales, así como el decidir de fondo los aspectos planteados durante el proceso (Moya, Ob. Cit. Supra).

La generación de la verdad resulta radicalmente distinta a la que plantean los esquemas jerárquicos. A diferencia de éstos, parten los esquemas paritarios de la relatividad de la verdad histórica, por suerte que cada una de las partes ofrece su propia narrativa de los hechos, en el entendido que pretende que su versión sea acogida por el funcionario con capacidad decisoria como juicio propio, y le otorgue valor de sentencia.

Es evidente que mientras estos esquemas procesales abrevan en la filosofía de platón, los jerárquicos se atienen mejor a los presupuestos escolásticos que manan de la filosofía del Aristóteles. Mientras que en aquéllos las opciones de verdad son múltiples y simultáneas, en éstos no puede ser más que una, y es justamente la que busca descubrir el funcionario con capacidad decisoria mediante el proceso.

En los esquemas paritarios el principio acusatorio se opone por su propia esencia y elimina al funcionario con capacidad decisoria cualquier potestad *iuranovit curia*, precisamente porque lo único que puede hacer es adoptar mediante sentencia la oferta de juicio formulada por alguna de las partes, y que debe ser aquella que

resulte mejor constituida en términos fácticos, jurídicos y probatorios. En manera alguna puede el funcionario con capacidad decisoria formular una tercera alternativa, por deseable y previsible que pueda resultarle. Ello por cuanto las partes son las únicas que pueden hacer este tipo de propuesta, y si el funcionario con capacidad decisoria se involucra en esta función reservada a las partes, rompe el principio de imparcialidad, con graves consecuencias de legitimidad y competencia (Moya, Ob. Cit. Supra).

Por la misma razón, los errores en que incurra cualquiera de las partes son fatales, entendiendo que el funcionario con capacidad decisoria no está funcionalmente dotado de la capacidad para enmendarlos, así que sin consideración a la justicia o certeza que los asista, ante un yerro de tipo fáctico, jurídico o probatorio, no podrá más que desestimar la pretensión por fallida.

Precisamente en este esquema procesal la justicia es un valor y no un principio, pues el que logre o no realizarse, para nada afecta la legalidad misma del proceso.

Es sin duda un esquema que morigera las naturales diferencias que pueden haber entre el defensor y el funcionario, visto éste como el abogado que representa al Estado y que con su apoyo aborda su labor. Pero en cambio registra un nivel de exigencia en la certeza y exactitud de las actuaciones, tales que los más mínimos errores pueden echar al traste las mejores y más justas pretensiones.

Bajo este esquema el funcionario con capacidad decisoria no constituye la sentencia con base en su propia construcción del acontecer que juzga. El funcionario con capacidad decisoria al valorar las pruebas lo que hace es verificar cuál de las dos ofertas de las partes, es la que ha merecido un mejor ejercicio persuasivo, es decir, cuál de las dos logró va a adherir su juicio.

Por consiguiente, el funcionario con capacidad decisoria lo que hace al dictar la sentencia es optar por una de las dos fórmulas de verdad planteadas por los extremos procesales. Por manera que en este esquema procesal, la motivación del funcionario con capacidad decisoria no es meramente informativa, por cuanto debe dar a conocer por qué una pretensión es realizada al tiempo que la otra es irrealizada. Es decir, la motivación demanda en este caso exhibir los presupuestos que lograron el efecto persuasivo en el ser del funcionario con capacidad decisoria y al propio tiempo porqué la otra pretensión tuvo el efecto exactamente contrario. En este caso la función de la motivación si bien es informativa, es ante todo consuntiva, por cuanto genera realidad social. De ahora en adelante la única verdad admisible acerca de los hechos es la erigida como tal mediante la sentencia. Pero esta verdad, a diferencia de los esquemas jerárquicos, no es fruto de un descubrimiento sino de la *recreación* forjada mediante la máquina procesal.

El funcionario con capacidad decisoria no es apenas un actor procesal, es un creador de realidad social, es el generador de un hecho institucional llamado sentencia, mediante la cual se dice qué fue lo que pasó y qué es lo que en adelante debe pasar, no como labor de descubrimiento sino de creación.

Los yerros de la motivación son múltiples:

- a)** Que el funcionario con capacidad decisoria incluya aspectos no contemplados en las propuestas de juicio de las partes.
- b)** Que el funcionario con capacidad decisoria no interprete apropiadamente la propuesta de juicio de las partes.
- c)** Que el funcionario con capacidad decisoria no sea claro, en cambio equívoco o ambivalente.
- d)** Que la motivación sea contradictoria.
- e)** Que la motivación sea insuficiente.
- f)** Que la motivación sea incompleta.

V. Funciones de la motivación

Si bien las funciones de la motivación son operativas dependiendo del tipo o esquema procesal en el cual se aplique este principio, es posible abstraer en general las que está llamada a cumplir o, por mejor decirlo, las que podría cumplir siempre que el esquema procesal y las políticas de administración de justicia aplicadas, se lo permitan.

Se trata en consecuencia de una verificación general que por epistemológicamente objetiva, no logra desasirse del código genético que le imprime el modelo procesal.

1. *Instrumental.* Entendiendo por 'instrumental' el servir de medio a otra cosa, se encuentra que la motivación de las decisiones hace posible la protección de otros derechos y garantías procesales.

Ciertamente, la motivación es la exposición de las razones que permiten justificar la sentencia; luego, el contenido de la motivación debe asociar los aspectos concernientes al objeto del proceso, es decir, hechos, personas, pruebas, normas y eventualmente, jurisprudencia y doctrina en apoyo de lo anterior; a falta de este contenido la motivación de las decisiones procesales no sería siquiera concebible. Pero al informar sobre esos aspectos, lo cierto es que hace posible establecer el nivel de coherencia que puede, por ejemplo, tener un fallo con el pliego de cargos significando que es la motivación lo que permite evidenciar la congruencia fáctica, subjetiva y objetiva que predomina en los actos procesales.

Por consiguiente, la motivación hace posible verificar si existe la posibilidad de violación a derechos tales como a la interdicción del *non bis in idem* o la prohibición de la cosa juzgada, pues ello sólo puede verificarse si a su vez es posible verificar las identidades correspondientes.

2. Comunicativa. Los diálogos procesales no se establecen sobre presupuestos inexistentes o presuntos, sino tangibles mediante afirmaciones y tomas de posición manifestadas. Al igual que acontece con todo acto de habla, de lo cual da cuenta pormenorizada la obra de Austin (1998), la determinación del sentido de las expresiones reclama explicaciones, fundamentaciones o, lo que al cabo es igual, exposición de motivaciones.

El poder acceder a lo que el funcionario con capacidad decisoria o el funcionario con potestad decisoria dijo, y a lo que con ello quiso significar, es decir, al nivel sintáctico y semántico de la expresión, es la condición inevitable para poder hacer una *toma de situación* respecto de la decisión. Sólo así se sabrá si se tiene el interés o no de impugnarla o cuestionarla de alguna forma procesalmente prevista.

3. Afirmativa. Habíamos ya distinguido que el ser inmanente del proceso es servir de garantía al procesado, entendiendo que sólo a partir de la culminación de ciertos ritos y, la observación de ciertos derechos y garantías, el Estado puede entrar a adoptar una decisión que afecte los derechos de alguna de las partes de una u otra forma. Si como decía Lacan, “*el ser es hablado*”, la realización de ese cúmulo de derechos y garantías procesales sólo es posible verificarse mediante la construcción que opere el funcionario con capacidad decisoria, lo cual hará visible mediante la motivación de las decisiones, puesto que para realizar estos derechos y garantías debe hacerlo mediante decisiones, cuyo cuerpo reclama la debida explicación de la forma como arribó a la conclusión respectiva.

4. Garantizadora. Profundamente unida a la anterior función se encuentra ésta. En efecto, si de las explicaciones vertidas por el funcionario con capacidad decisoria en el cuerpo de la decisión, se hace visible si realizó o no los derechos y garantías, si fue su propósito o no el observar la ley y, por consecuencia, si hizo uso debido de ella y, así mismo, si lo logró o no, es entonces la motivación lo que

va a permitir a las partes procesales establecer si se encuentran asistidos del derecho a impugnar la decisión en tanto tal.

Así pues, la motivación es en sí misma una garantía en cuanto sirve de instrumento a la realización de los otros derechos y garantías.

5. Concreción. Los actos de habla (Austin, Ob. Cit. Supra) son complejos en cuanto hacen asociaciones de sentido, incluyendo ciertos aspectos de significación pero excluyendo otros, a fin de especificar lo que se quiso mediante el uso de ciertas expresiones.

En las decisiones procesales el instrumento que permite concretar el alcance de lo dicho y la intención del funcionario que decide, es justamente la motivación. Opera de manera similar a la ley cuando se fundamenta adecuadamente en la llamada *exposición de motivos*, es ésta la que con criterio de autoridad máxima puede informar acerca del alcance de lo dispuesto en las respectivas normas. Así se concreta el sentido de las decisiones, esto es, mediante la motivación.

6. Consuntiva. Se sabe que en toda actuación procesal hay un momento crítico que determina el objeto de la litis, es lo que en procedimiento civil romano se denominó *litiscontestatio* (Mantovani, 1999), y que en los procesos disciplinarios se constituye como el pliego de cargos.

Su trascendencia radica en el hecho de que dado ese acto procesal, se define lo que algunos autores han denominado o señalado como objeto mismo del proceso: es de lo que se defiende, de lo que el acusador pretende la sanción y, aquello respecto de lo cual el funcionario con capacidad decisoria adoptará la correspondiente determinación. A ese efecto creativo del proceso es lo que se denomina efecto consuntivo.

Por razones que, dada la descripción de las funciones precedentes, se debe ahora insistir en que si la motivación es lo que permite la comunicación, la concreción, la afirmación y la garantía, es así mismo la que describe y completa la creación que se opera mediante la decisión. No es posible la legalidad de un pliego de cargos sin motivación, porque es ésta la que permite hacer presente a la conciencia los cargos.

7. Funcional. Teniendo en cuenta que la competencia del funcionario de segundo grado se orienta a verificar la certeza de instancia de la decisión cuestionada, una de las más significativas funciones que cumple la motivación es permitirle al superior jerárquico acceder al análisis de los presupuestos fácticos, subjetivos, probatorios, jurídicos, doctrinales y jurisprudenciales estimados por el a quo, para arribar a la decisión, y verificar si soporta un juicio de verificación tanto de legalidad como de sustancialidad.

VI. Características de la motivación

Las funciones que cumple la motivación son la prueba más importante de su trascendencia y, la explicación más plausible del porque el CDU la elevó a principio procesal.

A partir de esta verificación, y en consideración a las funciones decantadas, se puede ahora mismo proceder a establecer las características de lo que debe ser la motivación, para que pueda objetivamente cumplirlas con idoneidad.

1. Claridad. La posibilidad real de acceso al sentido de la decisión es la mínima condición para poder comprender tanto la decisión como los presupuestos que permitieron al funcionario arribar a la conclusión.

Si la motivación es lo que permite esta posibilidad, la misma debe estar construida de tal suerte que permita vehicular la comprensión a través del sentido de la decisión. Para ello es preciso que la motivación sea clara.

Pero ser claro no implica que apenas los intervinientes del proceso puedan acceder a ella. Las decisiones si bien tienen en principio efectos inter partes, son en sí misma precedente y son puntos de seguimiento para la construcción de las líneas jurisprudenciales.

La claridad implica que dentro del campo jurídico al menos los expertos, se encuentren en condiciones de acceder al sentido de la decisión, sin más condición que la de hacer parte del campo jurídico.

No es si quiera recomendable la producción de plantillas o formatos preestablecidos, en la medida que limitan la creatividad del funcionario, y hace más difícil que la diversidad que se gana con ella pueda realizarse.

2. *Integridad.* La motivación no puede ser incompleta, por una parte debe absolver todos los problemas jurídicos resueltos para alcanzar la decisión y, con la guía de Alexy (Ob. Cit. Supra), se dirá que debe considerar al menos los siguientes aspectos:

- a.** Análisis de los hechos sujetos a juicio del funcionario, determinándolos a partir de los datos esenciales que los identifican, así como su relación espacial y temporal.
- b.** Verificación de las condiciones de las personas comprometidas, como por ejemplo, el ser profesional o un funcionario público.
- c.** Interpretación de las pruebas, no sólo señalando su desenvolvimiento, sino ante toda la forma como fue decodificado su sentido.
- d.** Interpretación de las disposiciones y demás fuentes de derecho consultadas, determinando el método o técnica de interpretación. Si es preciso justificando el por qué se opta por uno u otro.
- e.** Identificación de fuentes doctrinales y jurisprudenciales aplicadas al caso en cuestión.

f. Una toma de posición específica relacionada con las pretensiones de las partes o sujetos procesales, especificando las razones para adoptarlas o rechazarlas.

3. Calidad argumentativa. Tratadistas como los que han servido de fuente y consulta para este estudio, señalan dentro de la variedad de argumentos existentes, las características que deben observar para ser sostenibles. No cualquier argumento es apto para construir una motivación consulta de la entidad otorgada por el CDU.

Es en sí indiferente el número de argumentos que se empleen, se trata más bien de la calidad geométrica de los mismos, han de ser entonces de tal naturaleza que su construcción resulte adecuada a los presupuestos epistemológicamente objetivos en que debe sustentarse la decisión, entendiendo que el funcionario actúa en derecho y no en conciencia. Es decir, es un instrumento al servicio de un sistema de derecho, luego la decisión debe ser funcionalmente coherente y correspondiente a dicho sistema.

4. Conclusiva. La motivación debe surgir de tal suerte que sirva a un trabajo de conclusión. Ciertamente las decisiones interlocutorias producen decisiones respecto de un problema planteado, por manera que debe surgir motivada con criterio de conclusión, es decir, la motivación de una decisión no es la ocasión de generar debates doctrinarios, ni dogmas, sino que es el fruto de su aplicación. Desde este punto de vista se ofrece con criterio conclusivo y no como la apertura de un debate doctrinal.

5. Coherencia interna y relación con la conclusión. Cuando Cicerón en su Oratoria identificó los elementos del discurso oratorio, señaló la *dispositio*, como la organización de los argumentos conforme a un cierto orden que evidencia una clara interrelación entre todos y cada uno. Si los argumentos son pasos que deben finalmente conducir a un cierto destino, cada uno de ellos debe estar dispuesto en

una cierta armonía que informe su correspondiente identidad de cuerpo, es decir, de algo que va más allá de él mismo, y ello es precisamente el discurso.

Si bien la motivación se encuentra integrada por su elemento esencial, esto es, el argumento, cada uno de estos debe tener la identidad de la construcción teórica que es la motivación, porque está al servicio de ella y no lo contrario. Luego, la motivación no es un cúmulo de argumentos inteligentes, sino un constructo dispuesto mediante argumentos que le son útiles para conducir a una conclusión, que es la decisión misma.

Así que la construcción argumentativa por su propia fuerza debe llevar a la conclusión. Y la forma como sean dispuestos debe resultar idónea a ese objetivo. Así que no pueden coexistir argumentos contradictorios como tampoco los que ningún servicio presta al lector para lograr la comprensión de la decisión.

Es importante en esta perspectiva que el funcionario que decide no pierda de vista que no argumenta para sí mismo, sino para otros, son ellos los destinatarios, y son ellos quienes deben comprender su decisión.

CONCLUSIONES

1. La motivación es un instituto jurídico que conceptualmente involucra las leyes, los actos administrativos, las solicitudes de los sujetos o partes procesales y, también las decisiones de los funcionarios con capacidad decisoria.
2. La naturaleza de la motivación: no es un derecho sino una garantía fundamental.
3. La motivación hace posible la realización de derechos fundamentales de carácter procesal.

4. La motivación de las decisiones en materia disciplinaria permite ejercer control social sobre la actividad procesal del operador disciplinario.
5. La motivación de las decisiones en materia disciplinaria permite establecer el sentido de las decisiones y por consiguiente verificar las líneas jurisprudenciales y los precedentes judiciales
6. Los Efectos procesales que se dan al momento de no motivar las decisiones judiciales son: yerros en la motivación y la inexistencia del acto.

BIBLIOGRAFÍA

ALEXY R. (1997) Teoría de la Argumentación Jurídica. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales.

ARIAS J.C. (2006) El Sistema Acusatorio Colombiano. Análisis desde su implementación. Ediciones Jurídicas Andrés Morales.

AUSTIN J. (1998) Cómo Hacer Cosas con Palabras. Paidós Studio.

BERNAL C. y MONTEALEGRE L. (2004) El Proceso Penal: fundamentos constitucionales del sistema acusatorio. Bogotá Universidad Externado de Colombia.

DAMASKA M. (2002), Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal. Editorial Jurídica de Chile.

ECO U. (1991) Tratado de semiótica general. 5a. ed. Barcelona: Lumen.

ESPITIA G. (2010) Instituciones de Derecho Procesal Penal: sistema acusatorio. Bogotá. Legis.

FOUCAULT M. (1984) La Verdad y las Formas Jurídicas. Gedissa.

HABERMAS J. (1998) Facticidad y Validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Trotta.

KALINOWSKI G. (1975) Lógica del discurso normativo. Madrid: Tecnos.

MANTOVANI D. (1999) Le Formule del Processo Privato Romano: per la didattica delle istituzioni di diritto romano. Padova: CEDAM.

MOYA V. (2007) Cuatro Aspectos Polémicos de la Ley 906 de 2004. Imprenta Nacional-Defensoría del Pueblo.

OSORIO L. (2005) Proceso Penal Acusatorio, Ensayos y Actas. Editorial Gustavo Ibáñez.

PERELMAN CH. Y OLBRECHTS T. (2000) Tratado de la Argumentación. La nueva retórica. Editorial Gredos.